

Trabajo Fin de Grado

El concurso del empresario. La sección de
calificación y la administración concursal.

Autor

Javier Esteban Iñiguez Gracia

Directora

María Blanca Leach Ros

Facultad de Economía y Empresa

Año 2018/2019

INDICE

1. PRESENTACIÓN	4
1.1. RESUMEN	4
1.2. MOTIVOS DE LA ELECCION DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	4
2. LEGISLACION CONCURSAL	5
2.1. EVOLUCION HISTORICA	5
2.2. LA LEY CONCURSAL ACTUAL Y SUS REFORMAS	6
2.3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY	10
2.4. ESTRUCTURA DE LA LEY CONCURSAL.....	11
3. LA SECCION DE CALIFICACION.....	11
3.1. CONCURSO FORTUITO Y CONCURSO CULPABLE.....	11
3.2. EL CRITERIO DE CALIFICACION DEL CONCURSO	13
3.3. TRAMITACIÓN Y SUSTANCIACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN.	17
3.4. PERSONACIÓN DE LOS INTERESADOS.....	18
3.5. EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.....	19
3.6. EL MINISTERIO FISCAL.....	20
3.7. CONSECUENCIAS DE LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN.	20
3.8. LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO.	21
3.9. LA COMPLICIDAD EN EL CONCURSO CULPABLE.	25
3.10. SOLUCIONES AL CONCURSO.	26
4. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.	29
4.1. NOMBRAMIENTO Y CONDICIONES PARA SER ADMINISTRADOR CONCURSAL.	29
4.2. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES. RETRIBUCIONES.....	30
4.3. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.	31
4.4. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	33
5. ESTADÍSTICAS CONCURSALES.....	33
6. CONCLUSIONES.....	38
7. BIBLIOGRAFIA.	40

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.O.	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
R.D.	Real Decreto
ss	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

1. PRESENTACIÓN

1.1.RESUMEN

En este Trabajo de Fin de Grado, centrado en el concurso del empresario, dentro de un marco legislativo y práctico tan amplio, y de carácter tan heterogéneo como es el que ahora nos concierne, tras realizar una pequeña introducción en la primera parte del mismo en el que se reflejará el desarrollo histórico del tratamiento de las insolvencias en nuestro país a lo largo del tiempo, se focalizará a continuación en los dos grandes capítulos en los que nos hemos querido centrar. El primero de ellos se centrará en la Sección de Calificación del Concurso (la denominada sección 6ª), los efectos que tiene para los diferentes actores intervinientes la declaración del concurso y la implicación que supone en el ámbito interno y externo a la empresa, puesto que no solamente afectará a la misma, sino que tendrá repercusión en trabajadores, proveedores o clientes. En el segundo gran apartado de este trabajo se desarrollará el papel de la Administración Concursal, los requisitos para tener la condición de administrador concursal, sus limitaciones una vez sean elegidos para intervenir en el concurso y su función dentro del mismo.

Finalmente, se expondrán datos estadísticos sobre los concursos de acreedores en España y las conclusiones extraídas tras el estudio del tema.

1.2.MOTIVOS DE LA ELECCION DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Debido a la crisis económica que ha azotado al mundo durante estos años, el número de concursos de acreedores se ha incrementado de manera considerable, lo que ha obligado a nuestro legislador a introducir importantes modificaciones, no siempre del todo efectivas, de la Ley 22/03, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), norma que tomaremos como referencia en lo sucesivo a lo largo de este trabajo.

Como quiera que a lo largo del tiempo se ha logrado una cierta recuperación económica y el número de concursos de acreedores se ha reducido, a priori a consecuencia del interés superior de encontrar soluciones eficaces a las situaciones de insolvencia empresarial y de que las empresas concursadas conserven su actividad o vuelvan a

desarrollar la misma en el futuro, así como de que el mercado, junto a todo lo que éste conlleva (proveedores, clientes, etc.) sufra lo menos posible, nos resulta de interés el estudio del Derecho Concursal y la realización de este Trabajo de Fin de Grado, y comprobar que se da cumplimiento al Principio de continuidad empresarial como objetivo prioritario, proclamado en la propia Exposición de Motivos de la LC.

2. LEGISLACION CONCURSAL

2.1.EVOLUCION HISTORICA

Tradicionalmente, en nuestro Derecho estaba instaurada una regla general mediante la cual se unía el juicio de reproche a la persona o empresa endeudada con la mera declaración de quiebra. En la redacción originaria de los textos, que posteriormente fueron derogados, una vez que la quiebra era declarada (previamente por el juez), se constituía la base necesaria para perseguir por la vía penal al quebrado, siempre y cuando en la pieza de calificación (por entonces la pieza quinta) no se declarase que aquella quiebra fuese fortuita, previa dilucidación, como se ha dicho, ante el juez. En estos casos, cuando la quiebra fuese declarada culpable o fraudulenta, el juez penal se limitaba a sancionar por dicha vía la conducta del quebrado, que previamente había sido enjuiciada en el ámbito civil.

En España, fue Salgado de Somoza, el que con su obra “Labyrinthus creditorum concurrentium” (Valladolid, 1646) constituyó el primer tratado sistemático sobre la quiebra, que fue incluso más allá de nuestras fronteras y tuvo una gran influencia práctica durante una gran cantidad de años.

Por quiebra se entiende como el *«resultado jurídico de una situación económica producida por la gestión que de su negocio o empresa ha llevado el comerciante o empresario, no cumple enteramente su fin mirando solamente el interés de los acreedores, si no que, al ser considerada como un fenómeno que afecta profundamente al crédito público, a la existencia y conservación de puestos de trabajo, a la producción de bienes y a la circulación de los mismos, atañe a otro interés, también público y, por tanto, de categoría superior, que obliga a juzgar la conducta del que ha incurrido en*

*quiebra, para asociarle consecuencias penales, si existen méritos suficientes o, por el contrario, según como sea calificada, reintegrarle su buen nombre y crédito».*¹

Sin embargo, el criterio tradicional vino pronto a superarse debido, por una parte, a la separación de jurisdicciones (civil y penal), puesto que los tribunales penales consideraban que no podían quedar vinculados por una calificación que no habían realizado ellos, y por otra debido a que en muchos casos la presunción de quiebra fraudulenta venía declarada por la mera ausencia o insuficiencia de los libros de contabilidad, lo cual se consideraba a todas luces irrelevante e insuficiente para ser llevado a la jurisdicción penal.

Hasta la aprobación de la actual LC, la legislación sobre las insolvencias en su mayoría procedía del siglo XIX, y se contenía básicamente en los Códigos de Comercio y Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y la de Suspensión de Pagos de 1922. Esta dispersión normativa tiene su explicación en que, antiguamente, se hacía distinción sobre la cualidad de comerciantes o no comerciantes en los deudores. Existía pues una gran diversidad y desconcentración a la hora de regular las insolvencias.

2.2.LA LEY CONCURSAL ACTUAL Y SUS REFORMAS

A la hora de abordar la nueva redacción de la LC actual (Ley 22/2003, de 9 de julio), es preciso destacar para empezar que se produjo la unificación de los distintos procedimientos que existían hasta ese momento, de suspensión de pagos, quiebra, quita y espera y concurso de acreedores, provenientes de los textos que hemos señalado.

Dicha ley supuso una forma diferente de afrontar las situaciones de insolvencia, y pasó a tratar los concursos como voluntario o necesario. Igualmente, se crearon otras soluciones al concurso en la fase común, como son el convenio y la liquidación, y se contemplaron más adelante otras opciones alternativas, como el acuerdo extrajudicial de pagos o la propuesta anticipada de convenio.

¹ PRIETO CASTRO, L.: *Derecho Concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*. Tecnos, Madrid, 2002.

Entre las diferencias que encontramos entre los concursos voluntario y necesario, se destaca que en el primer caso, el deudor no quedará privado de sus facultades de administración y disposición de sus bienes, sino que las conservará.

Habida cuenta que la LC, desde su aprobación en el año 2003, ha sido objeto de una gran cantidad de reformas (la última de ellas en diciembre de 2015), se van a mencionar las que más incidencia han tenido en el proceso y han llevado a cabo modificaciones más profundas de la misma.

En el año 2009, ante la crisis financiera mundial y el impacto negativo que tuvo en nuestra economía, tuvo lugar la primera reforma de la LC mediante el Real Decreto Ley 3/2009, como respuesta al aumento del número de concursos de acreedores en nuestro país. El objeto de esta norma no fue otro que el de agilizar trámites procesales y el de asegurar o mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas en situación de insolvencia. Además se buscaba facilitar la refinanciación de las empresas en dificultades económicas y financieras y se dotó de mayor agilidad a los trámites del proceso concursal.

Dos años después tendría lugar la Ley 38/2011, mucho más extensa y global que la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2009 y la que, en su propia Exposición de Motivos ya reflejaría que *«la reforma toma como referencia la situación económica actual, tanto para la adopción de las medidas como para la valoración de su implementación»*. Esta reforma introdujo alternativas al concurso, a mayor velocidad, corrigiendo lagunas existentes hasta el momento, y ofrecería a los deudores soluciones más eficaces para hacer frente a su situación a través de los acuerdos de financiación. Se incorporarían pues los denominados institutos preconcursales. Para conseguir el objetivo de aportar mayor velocidad a los procedimientos, se simplificaron y aligeraron los mismos, y se facilitó la anticipación de la liquidación, y el procedimiento abreviado contribuyó al mismo tiempo con una mayor eficacia.

Años más tarde se aprobaría la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que introduciría más reformas a la LC y su mayor novedad supondría la creación del Título X de la misma, relativo al Acuerdo Extrajudicial de Pagos, una nueva institución concursal, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se trataría de un mecanismo para alcanzar una especie de convenio preconcursal, en una vía extrajudicial, para lograr un acuerdo

con los acreedores y así poder superar el deudor su situación de insolvencia, y también evitar que se iniciase el procedimiento concursal.

Al año siguiente, se aprobó una nueva reforma mediante el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo cuyo propósito fue perfeccionar la regulación de los acuerdos de refinanciación², cuestión ya acometida en las dos anteriores reformas. Así, la comunicación al juzgado por parte del deudor común de que se habían iniciado negociaciones para alcanzar ese acuerdo de refinanciación paralizaba todas las ejecuciones de bienes que resultasen necesarios. La evidencia empírica no se hizo esperar, y mediante el aumento del atractivo de los acuerdos de refinanciación como vía alternativa al concurso, esta reforma supuso una descongestión importante de los juzgados de lo mercantil, al reducir la carga de los procesos.

En septiembre de ese mismo año (2014), el Real Decreto Ley 11/2014, del día 5 de ese mes, se reformó nuevamente la LC, y se flexibilizaron los posibles términos de los convenios y las mayorías necesarias de los acreedores requeridas para su aceptación. Asimismo, mediante esta reforma se facilitaba la venta de la empresa como unidad de negocio.

Por su parte, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal ha introducido medidas que han modificado sustancialmente el tratamiento del acreedor con garantía real, entre otras.

Al margen de todas estas revisiones continuadas de la LC, es preciso señalar la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modificó la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual se centra, de una parte, en los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado (secreto de las comunicaciones, o deber de residencia, entre otros), y de otra, en la atribución exclusiva a los juzgados de lo mercantil de todo lo relativo al concurso y otras cuestiones relacionadas con el mismo que sean de la competencia del orden jurisdiccional civil. De esta manera, será el juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales quien tenga la competencia en el concurso de acreedores. Ahora bien, si el deudor no fuese un empresario, sino que se tratase de una persona

² Un acuerdo de refinanciación es el que se toma entre el deudor y los acreedores al objeto de evitar el concurso. Se pacta una disminución de las deudas o una ampliación del plazo para el pago de las mismas.

natural, la competencia del concurso se atribuirá al Juzgado de Primera Instancia, tal y como dispone la propia LOPJ.

La vigente LC, gracias a la posibilidad de poder solicitarse el concurso por parte de la figura del insolvente, a diferencia de la legislación derogada, permite la viabilidad de la supervivencia de la empresa, su continuidad y la mayor protección de los trabajadores de la misma.

El Título VI de la LC es el que se ocupa de la sección sexta, una de las más profundamente modificadas en dicha norma, y está dedicada a la calificación del concurso de acreedores. (arts.163-175 LC).

Con el paso del tiempo se fue abandonando la idea del carácter represivo del concurso, y el legislador, ante la nueva redacción de la LC, rechaza, posiblemente por razones de oportunidad, la apertura de la sección de calificación en todos los casos, reservando únicamente la misma para aquellos supuestos en los que se considerasen gravemente afectados los intereses de terceros acreedores. En definitiva, se ha circunscrito el actual concurso de acreedores a aquellas situaciones donde la gravedad de la conducta del deudor común supere ciertos límites, y es ahí cuando llega a ser objeto de reproche.

Este texto legal tiene una visión bien distinta al tradicional, puesto que en la misma Exposición de Motivos ya se advierte que *«los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delito.»*

Con la entrada en vigor del actual CP se desvincularon la calificación de la quiebra de las denominadas por el mismo como insolvencias punibles.³ Durante la vigencia de la anterior regulación del derecho concursal, los efectos de la insolvencia estaban en gran medida subordinados al posterior enjuiciamiento criminal, lo que cambió, como insistimos, desde la promulgación del CP de 1995.

Hoy en día, indica el art. 189 LC, que *la «incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste».*

³ Actualmente los capítulos dedicado a estas conductas merecedoras de reproche penal y vinculadas con las insolvencias se denominan “Frustración de la ejecución” e “Insolvencias Punibles”, que comprenden los arts. 257-261bis, dentro del título XII, relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

El interés del nuevo texto, además de centrarse en la conducta del deudor común, atiende a la de aquellos sujetos que, interviniendo de una u otra forma por el deudor o influyéndole en la formación de su voluntad, han sido decisivos a la hora de causar o agravar el estado de insolvencia.⁴

2.3.PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY

El objetivo último del concurso de acreedores, regulado por la LC no es otro que el de evitar que solamente los acreedores más audaces o los que estén más próximos al deudor cobren sus créditos con preferencia a los restantes.

Los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema son aquellos en los que se ha inspirado la LC, tal y como explica la misma en su Exposición de Motivos:

- a) Unidad legal, dado que se aúnan en el mismo texto los aspectos sustantivos del concurso y los procesales. Esta unificación ofrece seguridad jurídica y simplificación legal.
- b) Unidad de disciplina, puesto que se supera la legislación existente hasta el momento, en la que existían diversos procedimientos concursales para comerciantes o no comerciantes, desapareciendo todos ellos para regularse un único procedimiento con las mismas reglas para cualquier deudor, con independencia de su naturaleza jurídica.
- c) Unidad de sistema, con una fase común todos los supuestos concursales para ir a parar a dos soluciones distintas: convenio y liquidación. Otra posibilidad de esta nueva LC la encontramos en la posibilidad del procedimiento abreviado, cuando el concurso no revista «*especial complejidad*».

⁴ Resaltar aquí que, conforme al derecho precedente, los efectos de la quiebra fraudulenta no implicaban efecto alguno a los socios o administradores cuando el deudor común era una sociedad.

2.4. ESTRUCTURA DE LA LEY CONCURSAL

La LC cuenta con un amplio articulado, y en la actualidad tiene 10 títulos que se ordenan de la siguiente forma:

3. Título I. De la declaración del concurso.
4. Título II. De la administración concursal.
5. Título III. De los efectos de la declaración del concurso.
6. Título IV. Del informe de la administración concursal y de la determinación de la masa activa y pasiva del concurso.
7. Título V. De las fases de convenio o de liquidación.
8. Título VI. De la calificación del concurso.
9. Título VII. De la conclusión y de la reapertura del concurso.
10. Título VIII. De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado y del sistema de recursos.
11. Título IX. De las Normas de Derecho Internacional Privado.
12. Título X. El acuerdo extrajudicial de pagos.

Para completar la estructura, referiremos que la LC tiene 10 disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, en la que, entre otras normas, una derogatoria, mediante la que se deroga expresamente la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, y 37 disposiciones finales.

3. LA SECCION DE CALIFICACION

3.1. CONCURSO FORTUITO Y CONCURSO CULPABLE

El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia, cuya definición viene recogida en el art. 2.2 LC, y se trata de no poder «*cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles*», por parte del deudor; insolvencia que podrá ser actual o inminente.

La LC establece una limitación objetiva en cuanto a que ciertas personas jurídicas, como son las entidades que integran la organización territorial del estado, los

organismos públicos y demás entes de derecho público, no podrán ser declaradas en concurso.

Como se ha indicado anteriormente, la apertura de la sección de calificación, o sección sexta⁵, gracias a la última LC, ya no procede en todos los supuestos.

La sección de calificación del concurso de acreedores es considerada de vital importancia, de ahí que nos hayamos querido centrar en la misma, puesto que va a constituir la base para que la autoridad judicial decida, tal y como sugiere la LC, si el concurso «*se calificará como fortuito o como culpable*».

Pues bien, en el primer caso indicado, al calificarse como fortuito el concurso de acreedores, el juez estará declarando la procedencia de la apertura de la sección de calificación, puesto que entenderá este que está teniendo lugar uno de los supuestos en los que, dada la gravedad de la afección a los intereses de los acreedores, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante, resulta necesaria tal calificación. No obstante, esta resolución por parte de la autoridad judicial implica que, tras sustanciarse el debido trámite, no es merecedora la conducta del deudor común de un particular juicio de

⁵ El art. 183 LC dispone lo siguiente:

El procedimiento de concurso está dividido en seis secciones en cada una de las cuales, se ordenan las actuaciones de cada una de ellas, pudiéndose abrir cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes:

1. La sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.
2. La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.
3. La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, y a las deudas de la masa.
4. La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.
5. La sección quinta comprenderá lo relativo al convenio y a la liquidación, incluidos el convenio anticipado y la liquidación anticipada.
6. La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

reproche, dado que en la situación de insolvencia existe «una ausencia absoluta de intención dolosa y de conducta meramente culposa o negligente que presenta la quiebra»⁶ (en la actualidad, concurso).

Por el contrario, en el caso de que la autoridad judicial resolviera que el concurso debiera calificarse como culpable, significaría, por una parte, la procedencia de la apertura de la sección sexta (y última del concurso), y además que la conducta del deudor común, en este caso, sí habría de merecer un juicio de reproche, como quiera que estaría superando la simple producción del estado de insolvencia y existiría dolo o culpa grave (*culpa lata*) en el mismo.⁷

La formación de esta sección de calificación se iniciará en los siguientes casos:

- a) Fase de convenio en la que se establece una quita superior a un tercio de los créditos o una espera de más de 3 años.
- b) Siempre que se abra la fase de liquidación.
- c) Siempre que se incumpla el convenio.

3.2.EL CRITERIO DE CALIFICACION DEL CONCURSO

A las dificultades probatorias que acompañan la labor de calificación de la conducta del deudor común, o, aún más complicado, en el caso de personas jurídicas, de la conducta de los administradores o liquidadores, ya sean de hecho o de derecho, se añade la presunción de inocencia que establece el art. 24 de la Constitución Española (en adelante CE), que es consustancial a todo Estado de Derecho.

La calificación del concurso como culpable es resultado de una declaración judicial, en la que, a través de una sentencia, se expresan las causas que fundamentan tal resolución, tras sustanciarse la sección sexta, que «*se integra en el juicio universal*». (art. 172 LC).

El art. 164.2 LC señala una serie de supuestos de hecho cuya concurrencia dará lugar en todo caso y necesariamente a la calificación del concurso como culpable, es decir habrá

⁶ STS de 16 de mayo de 1956. (1956, 2421).

⁷ Art. 164.1 LC. Constituye el elemento intencional o subjetivo en la conducta del autor.

una presunción *iuris et de iure*, esto es, no admiten prueba en contrario, de concurso culpable, y son los que se nombran a continuación:

a) Los defectos en la contabilidad del deudor.

No se trata de sancionar solamente el incumplimiento por parte del deudor de los deberes de llevanza de una ordenada contabilidad, sino también, el del cumplimiento defectuoso de ese deber. Tres son las conductas planteadas por la LC en este punto, y son «*incumplir sustancialmente*» la obligación por parte del deudor legalmente obligado a ello, así como al que «*llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara*».

El problema que se suscita con esta presunción es el de acertar cuándo se considera sustancial tal incumplimiento, dado que no todo incumplimiento puede tener como consecuencia la consideración de la misma, sino solo aquellos en los que exista una cierta relevancia.

b) La falsedad y la inexactitud grave en la documentación entregada.

Cabe recordar que el propio art.5 LC establece la obligación por parte del deudor de solicitar la declaración de concurso «*dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*», a la que habrá de adjuntar la documentación necesaria, tal y como señala el art.6 del mismo texto, debiéndose indicar la causa que motivase la falta de alguno de tales documentos cuando no se entreguen en su totalidad. Pues bien, es a esta documentación a la que se refiere dicho supuesto de hecho que dará lugar a la presunción de culpabilidad, pero se ceñirá únicamente a aquellos casos en los que se muestre una intencionalidad y una conducta dolosa, con conciencia y voluntad, al objeto de transmutar la información que se viene a suministrar.

Por su parte, la «*inexactitud grave*» ha de representar una completa discordancia entre lo reflejado documentalmente y la situación real, financiera y patrimonial.

c) El alzamiento perjudicial para los acreedores.

Junto a este alzamiento en perjuicio de los acreedores, el apartado presenta otra conducta que implicaría necesariamente la calificación del concurso culpable, y es la de impedir o retrasar la eficacia de un embargo trabado o todavía por practicar sobre sus bienes.

Por una parte, por alzamiento habrá que atender al significado entendido por la jurisprudencia tradicional, que no es sino «la concurrencia de intención defraudatoria en la ocultación o desaparición de bienes»⁸. Por otro lado, puesto que la conducta de alzarse con los bienes propios en perjuicio de los acreedores pudiera ser constitutiva de infracción penal, tal y como tipifica el art. 257 CP, el hecho de que no se califiquen dichos actos como delito no implicará necesariamente que no se aplique la presunción de concurso culpable con arreglo a la LC.

Asimismo, en este punto se contempla la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. Aquí se incluirán exclusivamente los supuestos en los que el designio del autor no sea otro que el de retrasar dicho cumplimiento.

d) Apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio.

Esta situación, para poder dar lugar a la presunción culpable, precisará que exista dolo o culpa por parte del concursado, y que con su conducta motive tal incumplimiento. Aquí habrá que diferenciar cuando la liquidación se abre tras ser solicitada por el concursado, en cumplimiento del deber que le impone la norma legal, y cuando la fase se abre por el juez, de oficio, o bien a solicitud de los acreedores, siendo esta segunda posibilidad la que constituiría la presunción a la que hacemos ahora referencia.

e) Salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Supone una alteración de la situación patrimonial del deudor común, pudiendo originar o agravar el futuro estado de insolvencia, pero además, según ha

⁸ STS de 6 de mayo de 1983. (RJ 1983, 2671).

afirmado la jurisprudencia, «*la enajenación fraudulenta supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso*».

- f) Realización de cualquier acto jurídico por el deudor dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Este acto/s deberá ser realizado antes de la fecha de la declaración del concurso para que se pueda considerar supuesto de hecho base de la presunción de concurso culpable. Sin embargo, este apartado se limita a referirse a la simulación sin exigir que la imagen que se pretenda hacer ver sea de mayor solvencia que la real; es decir, no se exige la existencia de fraude, a diferencia de otras presunciones.

Por su parte, el art. 165 LC establece, a diferencia de las previsiones dispuestas por el precepto anterior, una serie de presunciones de culpabilidad *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario, por lo que facilitarán la constatación del dolo o la culpa grave del deudor, sin perjuicio de las pruebas de inexistencia que pueda presentar éste.

Asimismo, para poder llegar a valorar durante la tramitación de la sección sexta alguna de dichas presunciones habrá que esclarecer que resultan ser reveladoras del dolo y la culpa grave⁹ por parte del deudor común, si bien dicha responsabilidad podrá alcanzar a otras personas, como pueden ser los representantes legales, administradores o liquidadores.

Como se ha indicado, las presunciones de culpabilidad contenidas en el art. 165 LC tienen un efecto limitado, en tanto en cuanto siempre será posible que el deudor común pruebe su actuar diligente, y por lo tanto podrá evitar dar lugar a la calificación del concurso como culpable.

Así pues, a continuación vamos a pasar a enumerar esta serie de presunciones de dolo y culpabilidad en el concurso:

⁹ Se diferencia la culpa del dolo en la falta de voluntariedad en la conducta de una persona, y dentro de la culpa, se distinguen la culpa leve, u ordinaria y la grave, o lata.

- a) Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso: Deber que se impone en el art. 5 LC dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.
- b) Incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, tal y como establece en art. 42 LC, para el interés del concurso o inasistencia a la junta de acreedores.
- c) Incumplimiento por parte del deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad a dicho deber, no formulación de las cuentas anuales o no haberlas sometido a auditoría, o en su caso no haberlas depositado en el registro correspondiente en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso. Este incumplimiento fundamenta sospechas razonables de que existe por parte del deudor una actuación dolosa, en tanto se priva de la información contable y financiera a los acreedores.
- d) Negativa de los socios o administradores de la persona jurídica, sin causa razonable, a la capitalización de créditos o emisión de valores o instrumentos convertibles, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación.

3.3. TRAMITACIÓN Y SUSTANCIACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN.

En primer lugar se hace necesario indicar que con la ley actual, el legislador ha procurado que no se produzca la apertura de esta sección en todos los concursos, como antaño, sino que, tal y como señalan algunos autores, la finalidad es alentar las solicitudes de concurso por parte de los deudores.

La LC sienta las bases, en su artículo 167 sobre la forma en que se realizará la tramitación de la sección de calificación, tomando protagonismo desde el primer momento la autoridad judicial, quien mediante resolución ordenará la apertura de esta sección aprobando el convenio correspondiente, el plan de liquidación u otra solución de las planteadas por la LC u otras normas legales supletorias.

Si se aprueba el convenio, el juez deberá comprobar si comporta *«para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años»*.¹⁰

Asimismo, esta sección tiene una serie de requisitos formales, entre los cuales encontramos el testimonio de la resolución judicial por el que se declare la apertura de la misma y dé lugar al convenio o liquidación o una serie de exigencias documentales, como es el testimonio de la solicitud de declaración del concurso por el deudor común, de darse el caso de concurso voluntario previsto en el art. 6 LC, una memoria expresiva de la historia económica y jurídica del mismo, su inventario de bienes y derechos, y la relación alfabética de los acreedores. Además, si el deudor estuviera obligado a la llevanza de contabilidad, se aportarán las cuentas anuales y los informes de gestión y auditoría de los últimos tres ejercicios.

Si el deudor se tratase de una persona jurídica, le correspondería solicitar la apertura de concurso voluntario a su órgano de administración o de liquidación.

Tras haber hecho mención del concurso voluntario, conviene hacer referencia al concurso necesario, que será todo aquel no sea solicitado por el deudor común y en el que deba tomar parte el juez. Este último se solicita por los acreedores (que podrá ser uno o varios) o por cualquier otra persona legitimada.

3.4.PERSONACIÓN DE LOS INTERESADOS.

Se dispone de un plazo de 10 días para que todo interesado (*«cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo»*) comparezca en el trámite de la sección.

Si los acreedores y cualquier interesado se personasen tendrán la consideración procesal de partes en la sección a todos los efectos, siéndoles de aplicación los arts. 6, 7 y 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) en lo relativo a la capacidad procesal y a la comparecencia en juicio y representación.

¹⁰ Quita y Espera: Beneficio que se concede a un deudor que resulta insolvente, por el que se pacta con sus acreedores la disminución de sus deudas (Quita) o un aplazamiento para el pago de las mismas (Espera).

3.5.EL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.

Los administradores concursales, cuya intervención será objeto de análisis en el siguiente gran apartado de este trabajo, tienen un papel importante en la sección sexta, habida cuenta que tienen el deber de presentar un informe que será esencial a la hora de realizar la calificación del concurso. Para la presentación de este informe, que no podrá formularse de otra forma que no sea escrita, y sin que pueda realizarse oralmente, disponen de un plazo de 15 días desde la finalización del plazo de que disponen los interesados para personarse y ser parte de la sección de calificación.

El informe que redacta y presenta la administración concursal es de carácter obligatorio, y la inacción por parte de la misma o no presentación en el citado plazo conllevará la exigencia de la pertinente responsabilidad, y en su caso la separación de los administradores concursales. Además, otra previsión que ha realizado el legislador para casos de tal incumplimiento es la pérdida de las retribuciones que hubieran sido devengadas por los administradores concursales.

Este informe habrá de tener un contenido mínimo, y deberá estar «razonado», esto es, justificado de manera concordante con la propuesta de calificación, y «documentado», requisito que precisa llevar adjunta la oportuna justificación documental que sea necesaria. Además, concretará la persona/s afectadas por la calificación y determinará los daños y perjuicios causados.

En muchos casos, el contenido del informe de la administración concursal se limitará a comprobar la realidad de los hechos que impliquen la presunción de culpabilidad que ya hemos comentado anteriormente y considerar culpable o no el concurso.

Pero lo resuelto tanto por el informe que ahora nos atañe, como por el dictamen del Ministerio Fiscal (en adelante MF), no será definitivo, pues si existiera oposición por parte del deudor o de alguno de los interesados puede tener lugar una fase probatoria posterior, que se sustanciará por los trámites del incidente concursal.¹¹

¹¹ El incidente concursal es un procedimiento especial con el que se dan soluciones a los problemas que se susciten a lo largo del procedimiento concursal, y para los que la LC no prevé un cauce diferente.

3.6.EL MINISTERIO FISCAL.

Una vez evacuado el informe por la administración concursal, se elevará el mismo, junto a toda la información contenida en la sección de calificación, al MF, para que, en el plazo de diez días, presente su dictamen relativo a la calificación que merezca el concurso.

Algunos autores consideran esta intervención del ministerio público innecesaria, puesto que la calificación civil del concurso no tendrá repercusión ni se vinculará con la vía penal.¹²

Pese a adquirir condición de parte en la sección sexta, de no emitir su dictamen el MF, se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación contenida en el informe de la administración concursal, por lo que no resulta tan imprescindible dicho dictamen, al que se le podrá conceder una prórroga por parte del juez, de otro plazo que no podrá ser superior a otros diez días, a diferencia del informe de la administración concursal, cuyo plazo no será prorrogable.

3.7. CONSECUENCIAS DE LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN.

Una vez revisada toda la información por parte tanto de la administración concursal, como del MF, dando lugar a la emisión de informe y dictamen respectivos, se dará una propuesta de calificación que culminará la sección sexta.

Si la administración concursal propusiera el concurso como fortuito, y el MF no se opusiera o coincidiera en su dictamen, se entenderá que no ha mediado dolo o culpa grave del deudor o de los cómplices, presupuesto necesario para la calificación culpable, por lo que no se continuarán las actuaciones y se resolverá el archivo por parte del juez, excepción hecha del trámite de incidente concursal si existiera oposición (art. 171 LC).

¹² Recuérdese el papel fundamental del MF en el enjuiciamiento criminal de las causas, como parte acusadora y máximo representante de los intereses del Estado.

El Ministerio Fiscal es el órgano encargado de «*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*». (art. 124 CE).

Si, de lo contrario, no se coincidiera entre ambas partes en calificar el concurso como fortuito, necesariamente se continuará con la tramitación de la sección. Así pues, se convocará a todo interesado o persona afectada por la calificación y será oído el deudor común, todo ello consecuencia de la sujeción al derecho a la tutela judicial efectiva, prevista en el art. 24 CE y a fin de no generar indefensión, así como permitir a los interesados ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

A todos aquellos que comparezcan al emplazamiento se les dará vista de las actuaciones y tendrán un plazo de diez días en orden a formular las alegaciones que estimen oportunas, mientras que a quienes no lo hagan, se les concede la posibilidad de hacerlo en un momento posterior, pero *«sin retroceder el curso de las actuaciones»*; se les considerará en un primer momento en rebeldía, pero dejarán de tener tal consideración si compareciesen en un momento posterior.

Por otra parte, quien fuera declarado en rebeldía y no compareciera con posterioridad *«sufriría los efectos derivados de la preclusión (imposibilidad de replantear lo definido en la fase anterior del proceso) de actuaciones, limitándose sus posibilidades al particular régimen de recursos y rescisión de sentencias, previsto en los arts. 500 y ss LEC»*.

Por último, a la sentencia, así como previamente se hubiera hecho con la declaración del concurso, se le dará la publicidad prevista por la propia LC y, de ser declarada la culpabilidad del concurso, se unirá el pronunciamiento debido acerca de los efectos, tales como la inhabilitación del concursado que llevará consigo y que veremos más adelante. Sin perjuicio de que se acuerde por el juez dar una publicidad complementaria, será a través del Boletín Oficial del Estado y del Registro Público Concursal donde se dará a conocer la sentencia y los demás actos del concurso.

3.8.LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO.

Siendo una tarea complicadísima enumerar todos y cada uno de los efectos y consecuencias que puede traer consigo la declaración culpable del concurso por parte del juez, vamos a tratar de comentar a grandes rasgos cuales son los principales efectos sobre cada uno de los actores y personas afectadas por el proceso.

El Código de Comercio de 1885, que hasta la entrada en vigor de la vigente LC era uno de los textos legales que se ocupaba de las situaciones de quiebra, recogía entre los efectos principales de dicha declaración de quiebra la posibilidad de declarar la nulidad de ciertos actos efectuados por el quebrado o la facultad de impugnarlos si el juez consideraba que podían ser perjudiciales para los acreedores y para la masa activa. Hoy en día, la LC ha abandonado esa desconfianza hacia el insolvente y, para idénticos supuestos la solución aportada será el deber de reintegración de los bienes o realizar un acto restitutorio similar, como más adelante veremos.

Primeramente hemos de señalar, después de darle lectura al art. 172 LC, que en caso de declararse el concurso como culpable, se expresarán las causas en que se fundamente la calificación. Esta necesidad de fundamentación jurídica en las resoluciones judiciales deriva de lo previsto tanto en el art. 120.3 CE como en el art. 248.3 LOPJ e irá acompañada de los pronunciamientos que siguen a continuación en el citado precepto de la LC.

Dada la acumulación de intereses afectados por la calificación, se considera que el expediente tiene una doble función, pues de una parte, se vienen a satisfacer los intereses de los acreedores afectados por la insolvencia, y de otra, se reduce el riesgo de que el deudor común afecte de manera negativa en el futuro a potenciales acreedores con un actuar semejante. Se habla pues de una doble función: *«preventiva y redistributiva»*, de la calificación concursal.

Los principales efectos que va a tener la calificación culpable del concurso sobre el deudor común y las personas responsables son de tipo patrimonial o de tipo personal.

Resulta importante reseñar también el llamado principio de universalidad en la determinación de la masa activa, lo que implica que los efectos de orden patrimonial van a recaer no solo sobre el deudor común, sino también sobre aquellos sujetos que actuaron en su nombre y/o configuraron su voluntad; todo ello en aras de alcanzar una mejor solución al concurso y una mayor satisfacción de los acreedores. Conviene destacar asimismo que será precisa la existencia de una relación de causalidad, entre el daño, producción o agravación del estado de insolvencia por parte de todos los actores, especialmente en caso de concursos de personas jurídicas.

Uno de los efectos patrimoniales para las personas afectadas por la calificación o para los cómplices es la pérdida de cualquier derecho que aquellos tuvieran como acreedores del concurso o de la masa.

La obligación de restitución será otro efecto causado por la sentencia, que consistirá en devolver en favor de la masa activa¹³ los bienes o derechos que se hubieran percibido de modo indebido e injustificado y tuvieran procedencia del patrimonio del deudor común.

Por último, la indemnización de daños y perjuicios será la última consecuencia de carácter patrimonial que podrá tener la sentencia de calificación. La cuantía de la indemnización deberá ser solicitada expresamente, y su determinación seguirá los trámites reflejados en los arts. 712 y ss. LEC, relacionados con la liquidación de daños y perjuicios en el ejercicio de la acción indemnizatoria.

En este punto cabe recordar que el empresario (deudor) , tanto si es persona física como persona jurídica, responderá con todos sus bienes presentes y futuros cuando se le exija responsabilidad patrimonial de cualquier clase, a la vista de lo establecido en el art. 1911 CC.

Hasta ahora no hemos hablado de los efectos de orden personal de la calificación del concurso como culpable, y una de las principales será la de inhabilitación, de *«carácter necesario»*, para las personas afectadas, por un período de 2 a 15 años, *«para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período»*. El juez del concurso, para determinar el período exacto relativo a la inhabilitación, atenderá a las circunstancias concurrentes, al grado de dolo o culpa grave con que se actuó y a la gravedad patrimonial y perjuicio a terceros.

Esta inhabilitación a la que nos referimos, que es de carácter sancionador, no está relacionada y poco tiene que ver con otras medidas de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales (de administración y disposición de sus bienes) del deudor común cuando estas se declaren como consecuencia de la apertura del concurso de acreedores o queden contenidas en el convenio correspondiente. Además, comentar que

¹³ Dispone el art.76 LC que *«constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento»*.

en caso de que el sancionado a esta pena que infringiese lo acordado en la sentencia de calificación, los actos realizados estarían sujetos a un régimen de anulabilidad (art. 6.3 CC.), salvo que la administración concursal hubiera confirmado o convalidado tales actos.

A este respecto, si el deudor quedase suspendido de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio como medida mientras se tramita el procedimiento, dicha solución podrá implicar la limitación de varios de sus derechos fundamentales, tales como la intervención de su correspondencia o la imposición del deber de residir en un determinado lugar.

Por otra parte, volviendo a de la inhabilitación como pena, que podrá ser impuesta también al representante legal deudor, así como a sus administradores o liquidadores, y personas afectadas por la calificación, no podrá ser de aplicación a los cómplices, de cuya figura nos ocuparemos en el siguiente apartado.

En el caso de que el deudor común fuese una persona jurídica, uno de los efectos provocados en la misma por el concurso no será la desaparición de sus órganos de administración, sino que convivirán con la administración concursal, la cual podrá asistir a las reuniones de sus órganos colegiados, como el consejo de administración o junta general.

Habida cuenta que el proceso concursal se caracteriza, entre otras cosas, por concentrar en un solo procedimiento las reclamaciones de todos los acreedores, por encima de las acciones individuales que hasta ese momento hayan podido ejercitar cada uno de ellos por su cuenta, la declaración de concurso va a poseer el efecto de paralizar dichas acciones por lo que también va a tener sus consecuencias sobre todos los acreedores. Esto se conoce como el Principio de Igualdad en el tratamiento de los acreedores, y va en detrimento de los intereses particulares.

Sobre los trabajadores de la empresa también podrá tener efectos la calificación, pues pese a partirse de la voluntad siempre de mantener en vigor todos los contratos de trabajo y la viabilidad de la empresa, los trabajadores, el propio deudor, o la administración concursal podrán solicitar al juez la modificación, extinción o supervisión de los contratos de trabajo.

Por último, comentar que el concurso también podrá tener efectos sobre los contratos que el deudor hubiera firmado, los cuales variarán en función de que las partes contratantes hubiesen cumplido con sus obligaciones. Si el deudor no hubiera cumplido con las suyas, las obligaciones o créditos contraídos por este serán incorporados a la masa activa o pasiva¹⁴ del concurso. En el caso de que ninguna de las partes cumpliera con lo establecido, el concurso no afectará por sí solo a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

3.9.LA COMPLICIDAD EN EL CONCURSO CULPABLE.

Tal y como hemos comentado en el punto anterior, la calificación del concurso como culpable despliega sus efectos sobre terceras personas que participen o colaboren en la producción de la insolvencia. Pues bien, para poder saber qué consecuencias puede tener la calificación sobre estas personas se observará, de un lado, la intervención llevada a cabo por ellos, y por otra, la voluntariedad y la conciencia de su participación en esa causación o agravación de la insolvencia. Es decir, es preciso que la actuación de estos sujetos indique no ser reveladora de la más elemental diligencia debida y deber de cuidado para evitar su participación en el resultado.

Vemos entonces cómo se extiende la exigencia legal del dolo o culpa grave a los cómplices para que se les pueda considerar como tales, y quedarán englobados dentro del concepto “cómplice” desde actos de cooperación con el deudor o sus representantes hasta casos de encubrimiento.

Para finalizar este apartado, decir que la declaración de complicidad se pronunciará en la sentencia de calificación, siempre debidamente justificada, y la definición que da la LC a los cómplices queda recogida en su art. 166.

¹⁴ La masa pasiva la constituyen todos los créditos contra el deudor que no sean parte de créditos contra la masa. Los créditos contra la masa figuran en el art. 176bis LC.

3.10. SOLUCIONES AL CONCURSO.

Los dos posibles vías para el deudor son el convenio o la liquidación, si bien la LC impone el deber de acudir a la liquidación en caso de que el deudor no pueda cumplir los pagos acordados y sus obligaciones contraídas con la aprobación del convenio.

Pese a que todo conduce a llegar al convenio, puesto que está diseñada como la solución a priori más factible en todo concurso, y como quiera que las sucesivas reformas de la LC han redundado en desembocar en esa alternativa, la realidad indica lo contrario, ya que en el año 2017, un 93,5 % de los concursos finalizaron en liquidación.

El convenio incluye un régimen general y un supuesto especial denominado «propuesta anticipada de convenio».

La fase de convenio implica que, tras ser definitivo tanto el inventario como la lista de acreedores, el deudor no solicite otras alternativas posibles, como la liquidación o la propuesta anticipada de convenio. Esta fase se declarará mediante auto judicial y se convocará una Junta de Acreedores mediante la publicidad prevista en la ley, dándose asimismo a conocer dicha convocatoria a la administración concursal y a las partes personadas en el procedimiento.

La propuesta de convenio puede realizarse tanto por el deudor, una vez transcurrido el plazo de comunicación de los créditos, como por los acreedores, siempre y cuando superen el 20 % del total del pasivo. Dicha propuesta habrá de formalizarse por escrito y podrá consistir en una proposición de quita, de espera, o una mezcla de ambas.

El juez, dentro del plazo de 5 días siguientes a la presentación de la propuesta, la admitirá a trámite si cumple con los requisitos y condiciones establecidas, y le dará traslado a la misma a la administración concursal para que ésta realice una evaluación sobre su contenido, y en concreto con respecto al plan de pagos y el plan de viabilidad contemplados en la propuesta.

La Junta de Acreedores a la que nos hemos referido, será presidida por el Juez o por el administrador concursal, tendrán derecho de asistencia a la misma los acreedores contemplados en la lista definitiva y tendrán el deber de asistir el o los administradores concursales y el concursado. Se considerará válidamente constituida cuando acudan los titulares de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso.

En la Junta, se expondrán las condiciones de la propuesta de convenio admitida a trámite y los asistentes se posicionarán a favor o en contra de la misma, además de solicitar la explicación de cualquier incertidumbre que se plantee a la administración concursal. Finalmente se votará y quedará aceptada o se rechazará la propuesta.

Una vez aprobada la propuesta de convenio, se someterá a aprobación judicial, y podrá ser rechazada por el juez si éste apreciase infracción legal. En este caso, se convocaría una nueva Junta de Acreedores.

El juez, finalmente, mediante sentencia, declarará aprobado el convenio, se le dará a conocer a las partes interesadas y se le dará la publicidad prevista en la LC.

Cuando el deudor considere que ha cumplido completamente con lo establecido en el convenio, solicitará del juez la declaración de cumplimiento del mismo. De la misma manera, los acreedores podrán solicitar una declaración de incumplimiento si entienden que no se ha cumplido con lo acordado.

La propuesta anticipada de convenio, como se ha dicho, constituye un régimen especial que permite agilizar la solución al concurso, pero únicamente se contempla la posibilidad de elegir la misma para aquellos deudores que no hubieran sido condenados por delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico y para los que no hubieran incumplido en los tres últimos años la obligación de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

A diferencia del convenio, la propuesta anticipada permite una mayor rapidez en su tramitación y tiene lugar en la fase común del concurso. El deudor puede presentarla para su admisión a trámite con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la ley establece.

La liquidación, por su parte, podrá ser solicitada por el deudor, el acreedor, la administración, o bien ser declarada de oficio por el juez. En concreto, el deudor deberá pedirla cuando sea conocedor de la imposibilidad de dar cumplimiento al convenio y los pagos inherentes al mismo.

Una vez abierta la fase de liquidación, el deudor será suspendido en el uso de sus facultades de administración y disposición de sus bienes, y si los administradores

concursoales hubieran sido cesados previamente en la fase de convenio, serán reincorporados para el ejercicio de las funciones que tenían encomendadas o será nombrado otro miembro o miembros. Por otra parte, si el concursado fuese persona jurídica, se disolverá la misma y quedarán cesados de su cargo los administradores y liquidadores, pasando a realizar sus funciones la administración concursal.

En la fase de liquidación, dentro del plazo de 15 días desde la apertura de la misma, la administración concursal presentará al juez un informe que contendrá el plan para la realización de todos los bienes y derechos de que disponga el deudor común, el cual podrá objetar lo que estime oportuno y sugerir modificaciones durante los 15 días siguientes. Los acreedores también tendrán derecho a realizar esto último.

Cada tres meses, la administración concursal deberá remitir al juez del concurso un informe sobre las operaciones de liquidación, y concluirá con un informe final cuando se haya concluido la totalidad de la liquidación y la tramitación de la sección de calificación.

Si transcurriese el plazo de un año sin haber concluido la liquidación el juez podrá separar a los administradores concursales si no encontrase justificada dicha tardanza. También podrá ser solicitada del juez dicha separación por cualquier interesado al término del citado plazo.

El pago a los acreedores a consecuencia de la liquidación, se realizará de la siguiente manera: En primer lugar se deducirá de la masa activa los bienes o derechos necesarios para pagar los créditos contra la masa; Posteriormente el pago de los créditos (los cuales conformarán la masa pasiva), tendrá el siguiente orden:

1º Créditos con privilegio especial.

2º Créditos con privilegio general.

3º Créditos ordinarios.

4º Créditos subordinados.

Si la conclusión del concurso es debida a la insuficiencia patrimonial para el pago de créditos, el deudor quedará sujeto al pago de los restantes y cuando proceda se podrá producir una reapertura del concurso, en el supuesto de que haya una aparición posterior de bienes y derechos con los que satisfacer los créditos restantes de los acreedores.

Sea cual sea la finalización del concurso, el convenio o la liquidación tienen como finalidad la satisfacción de todos los acreedores, por encima de las ejecuciones de cobro singulares, puesto que de lo contrario se conculcaría el Principio de Equidad, uno de los más elementales Principios del Derecho.

4. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

4.1.NOMBRAMIENTO Y CONDICIONES PARA SER ADMINISTRADOR CONCURSAL.

Una vez que se ha dictado el auto de declaración del concurso por parte del juez, éste es responsable del nombramiento de nombrar y separar al administrador concursal, que podrá ser persona física o jurídica, en caso de que concurran las causas para ello.

Como ha afirmado algún autor, lleva el *«peso del procedimiento»*, y la propia Exposición de Motivos de la LC resalta la importancia de su labor.

Será en el propio auto de declaración del concurso donde se deberán establecer el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.

La administración concursal, por lo general, estará integrada por un único miembro y será designado de entre los que se encuentren inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal, regulado por el R.D. 892/2013 de 15 de noviembre, y que además cuenten con los requisitos que exijan reglamentariamente, y la titulación específica necesaria.

En función del tamaño del concurso, se designarán administradores concursales bien por turno correlativo, en caso de concursos de pequeño o mediano tamaño o bien señalados concretamente por el juez para aquellos de mayores dimensiones y cuando considere este que se adecúa mejor a sus características. En estos casos, atendiendo a los criterios de especialización o experiencia, el juez deberá motivar su designación.

Por excepción, en caso de concurrir una causa de interés público, se podrá designar por el juez un segundo administrador concursal, cuyo nombramiento podrá recaer en una Administración Pública acreedora o en una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella.

La LC otorga un plazo de 5 días para que el nombrado como administrador concursal comparezca ante el Juzgado e indique si concurre en él alguna causa de incompatibilidad o de recusación, acredite que cuenta con un seguro de responsabilidad civil y acepte dicho nombramiento. Una vez efectuada la aceptación, condición necesaria para el nombramiento, no se podrá renunciar al mismo salvo que concurra causa grave.

En el caso de que el juez revoque el nombramiento del administrador concursal, que como hemos indicado, solamente cabrá en caso de que exista justa causa, como por ejemplo el incumplimiento grave de sus funciones, se procederá de inmediato a nombrar un nuevo administrador.

El administrador concursal cesado dispondrá de un mes para rendir cuentas ante el juez por su actuación. Sin perjuicio de lo anterior, en su actuación, es un órgano dotado de autonomía propia para el ejercicio de sus funciones y el logro de los fines que el juez le atribuye.

Existirán uno o varios auxiliares delegados, en cuyo favor se delegarán por parte del administrador concursal la realización de determinadas funciones, en razón de la complejidad del concurso. El nombramiento de los auxiliares delegados será autorizado por el juez, previa solicitud del administrador concursal.

Cuando finalice el concurso mediante convenio, la administración concursal cesará en su cargo, rindiendo cuentas al juez, y conservará las facultades que el convenio le atribuya.

También conviene señalar que en el caso de que existan dos o más concursos conexos el juez podrá hacer recaer en una única administración concursal su nombramiento.

4.2. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES. RETRIBUCIONES

En cuanto a las actividades prohibidas para los administradores concursales, la propia LC enumera una extensa lista sobre las diferentes causas que impedirían el nombramiento de una persona como tal, siendo principalmente relativas a circunstancias propias de relaciones existentes con el deudor o personas relacionadas con él, o bien

situaciones personales referidas a inhabilitaciones o incapacidades para ejercer la administración concursal.

Si el nombramiento de administrador concursal recae en una persona jurídica, ésta se someterá al mismo régimen de prohibiciones e incompatibilidades.

Es por todo esto, así como por la función específica que posee el administrador concursal, que su retribución, que será fijada mediante arancel y aprobada reglamentariamente, variará en función del tamaño del concurso, acumulación de los mismos o su complejidad. Además se tendrán en cuenta las razones de exclusividad, limitación y efectividad en las retribuciones.

En particular, todo lo relativo a las retribuciones de los administradores concursales queda previsto en el R.D. 1860/2004 de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Las retribuciones se publicarán en el Registro Público Concursal y tanto el propio administrador concursal, como las personas legitimadas para instar la declaración del concurso, podrán plantear recurso de apelación al auto que establezca aquellas.

Los miembros perderán el derecho a toda retribución en caso de no presentar en plazo el informe al juez del concurso en la sección de calificación, así como cuando dejen de asistir a la Junta de Acreedores de la empresa concursada. Además de perder el derecho de retribución, se deberán devolver toda cantidad percibida a la masa.

Podrá solicitarse la recusación de la administración concursal nombrada por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso en caso de las mismas entiendan que concurre alguna de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición fijadas por la LC, así como las establecidas para los peritos en la LEC. Dicha recusación se resolverá por medio del incidente concursal sin producir efectos suspensivos.

4.3. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

Desde las reformas de la LC que han ido teniendo lugar a lo largo del tiempo, se ha buscado dotar de una «*mayor profesionalización*» de los miembros de la administración concursal a la hora de desempeñar sus funciones y en cuanto a su responsabilidad.

Una de las primeras funciones que destacaremos de la administración concursal es la sustitución del deudor común a la hora de realizar las facultades de administración y dirección de sus bienes, cuando el mismo quede privado de ellas, pasando a ser ejercidas por propia administración concursal en los casos de concurso necesario.

Principalmente son funciones de auxilio al juez y otras propias que se le asignan en la LC, todas ellas recogidas en su art. 33, el cual las clasifica de la siguiente manera:

- a) De carácter procesal: Ejercer la acción contra la persona o personas responsables, levantamiento y cancelación de embargos trabados, o acciones rescisorias y de impugnación, entre otras.
- b) Propias del deudor o de sus órganos de administración: Como la realización de actos indispensables para asegurar que la empresa se mantiene viable.
- c) En materia laboral: Relativas a las condiciones de trabajo o situaciones contractuales de los trabajadores de la empresa.
- d) Relativas a los derechos de los acreedores: Sobre el pago de los créditos, listas de acreedores, pagos a titulares de créditos con privilegio especial...
- e) Funciones de informe y evaluación: Tales como el informe previsto en la sección de calificación, que habrán de presentar al juez, propuesta de expertos independientes, o evaluación del contenido de la propuesta de convenio.
- f) Funciones de realización de valor y liquidación: Ejercer el papel de los administradores o liquidadores de la empresa concursada en la fase de liquidación, solicitar la venta de bienes...
- g) Funciones de secretaría: Entrega y recepción de comunicaciones oportunas a los diferentes organismos.
- h) Cualesquiera otras que esta u otras leyes le atribuyan.

Una de las tareas que realizará con la mayor prioridad posible el administrador concursal será elaborar un inventario de la masa activa, el cual contendrá una relación de los bienes y derechos del deudor, acompañada de la valoración de cada uno. Para esta labor, la ley prevé que se cuente con la colaboración de expertos independientes si fuera preciso.

4.4. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

Como quiera que el juez tiene una función supervisora de todo el procedimiento, podrá requerir a la administración concursal para rendirle cuentas en cualquier momento del mismo.

Asimismo, el administrador concursal responderá de su actuación ante el deudor y los acreedores en caso de que se causen daños y perjuicios contra la masa si se constataste algún acto ilícito o sin la diligencia debida. Por otra parte, salvo que prueben haber obrado con diligencia y buena fe, los administradores concursales responderán solidariamente por los actos gravosos que cometieran los auxiliares delegados.

La LC exige una actuación «*con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal*» por parte de los administradores concursales y deberá consignar por escrito todas las decisiones y gestiones que no sean de gestión ordinaria.

La responsabilidad de los administradores concursales y de sus auxiliares delegados se depurará ante el juez del concurso, y prescribirán a los 4 años desde la producción del daño objeto de reclamación, comenzando a contarse dicho plazo desde la fecha de cese de unos u otros.

5. ESTADÍSTICAS CONCURSALES.

En este apartado estadístico comenzaremos por las empresas concursadas en el año 2018 en España, siendo un total de 3.818 procedimientos (Ver Ilustración 1), y disminuyendo un 3,2 % respecto al año 2017. Si sumamos los concursos de personas físicas, tenemos un total de 6.012 procedimientos publicados en el Boletín Oficial del Estado.

Pero además, se puede observar una evolución por trimestres claramente en descenso en los últimos años, en lo que se refiere a personas jurídicas, desde el primero del año 2014, con la salvedad del segundo trimestre de 2017 y 2018, por lo que la dinámica desde entonces es descendente, a excepción del año 2017 con respecto al año anterior (Ver Ilustración 2).

Si atendemos al total de estos procedimientos referidos a empresas que tuvieron lugar este pasado año, es de resaltar que aproximadamente la mitad, un 46 %, han tenido lugar en las provincias de Madrid, Barcelona y Valencia.

Otro dato que hemos llegado a conocer es que en 2018 las empresas concursadas son más pequeñas que en el año anterior, puesto que ha descendido el tamaño medio del activo de las mismas (€ 0,4 m) un 11%.

Por su parte, el número de trabajadores afectados en las empresas por los concursos de acreedores registra un descenso del 30%.

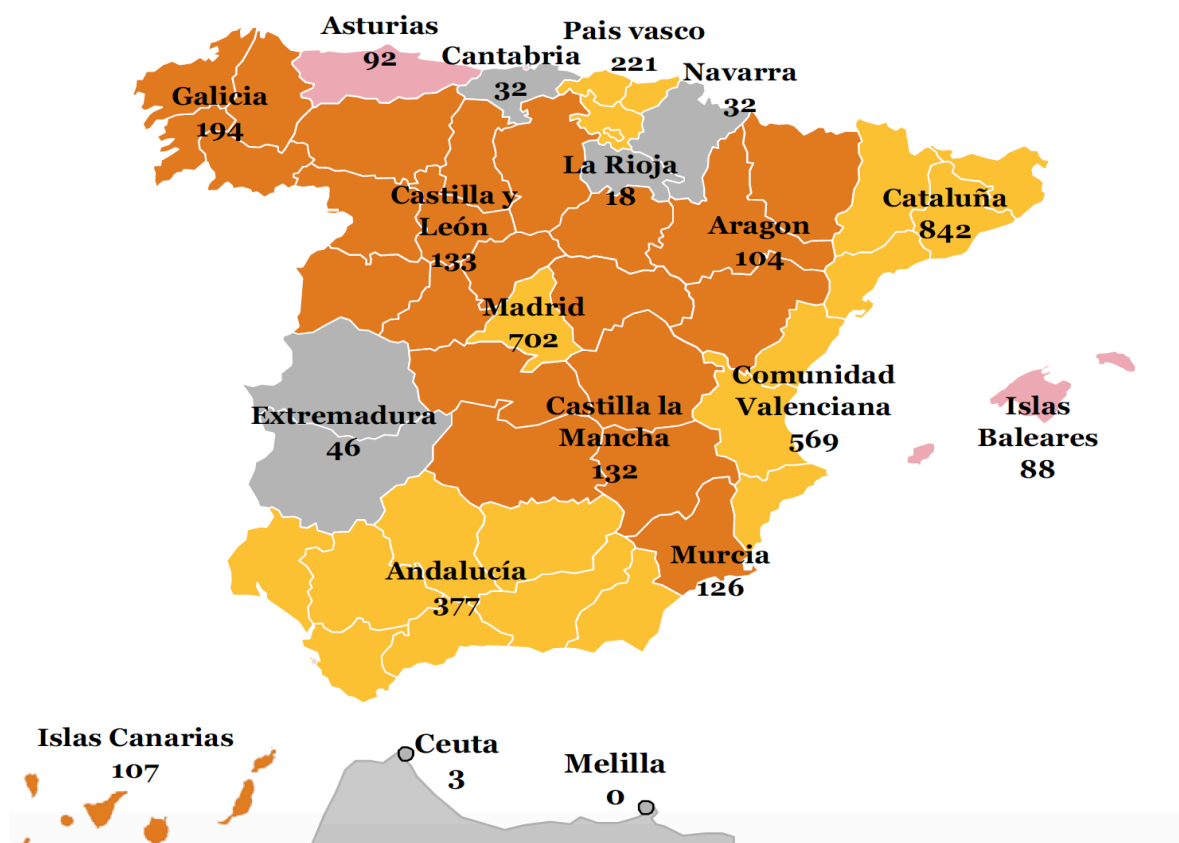


Ilustración 1. Número de empresas concursadas en España en 2018

1

Fuente: Baremo concursal 2018. www.pwc.com/es

Trimestre	2014	Δ %	2015	Δ %	2016	Δ %	2017	Δ %	2018	Δ %
1T	1.915	(23%)	1.335	(30%)	1.058	(21%)	1.040	(2%)	969	(7%)
2T	1.643	(32%)	1.283	(22%)	963	(25%)	1.045	9%	1.087	4%
3T	1.208	(26%)	863	(29%)	743	(14%)	729	(2%)	679	(7%)
4T	1.655	(24%)	1.282	(23%)	1.196	(7%)	1.129	(6%)	1.083	(4%)
Total	6.421	(26%)	4.763	(26%)	3.960	(17%)	3.943	(0%)	3.818	(3%)

Ilustración 2. Evolución por trimestres de empresas concursadas desde 2014.

Fuente: Baremo concursal 2018. www.pwc.com/es y BOE.

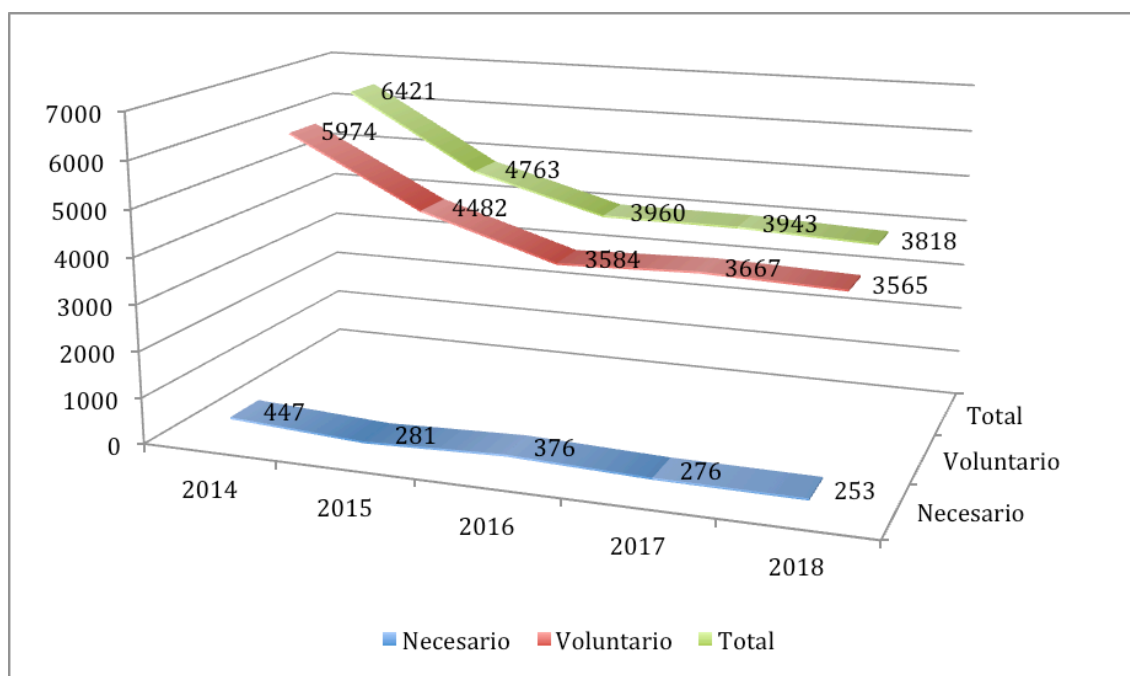


Ilustración 3. Evolución de los tipos de procedimiento desde 2014.

Fuente: Elaboración propia con datos tomados del Boletín Oficial del Estado.

Como se puede ver en la Ilustración 3, la proporción entre concursos necesarios y voluntarios se mantiene bastante estable y en consonancia con el notable descenso de concursos.

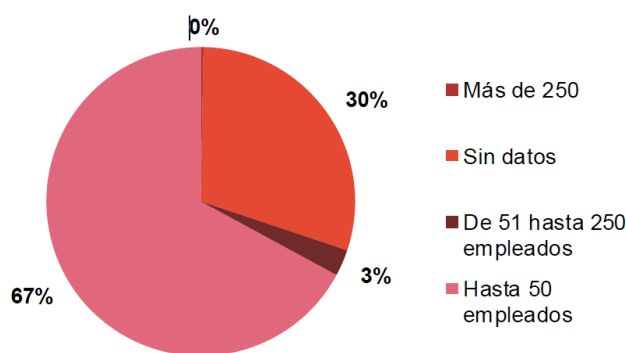


Ilustración 4. Tipo de empresas concursadas según el número de empleados.

Fuente: www.pwc.com/es

En el análisis del tamaño de la empresa en cuanto al número de trabajadores en el ámbito concursal, tal y como observamos en la Ilustración 4, las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 50 empleados son las más afectadas por los concursos de acreedores, al constituir un 67 % del total, siendo las menos numerosas entre las concursadas las empresas que tienen un número superior a 250 empleados.

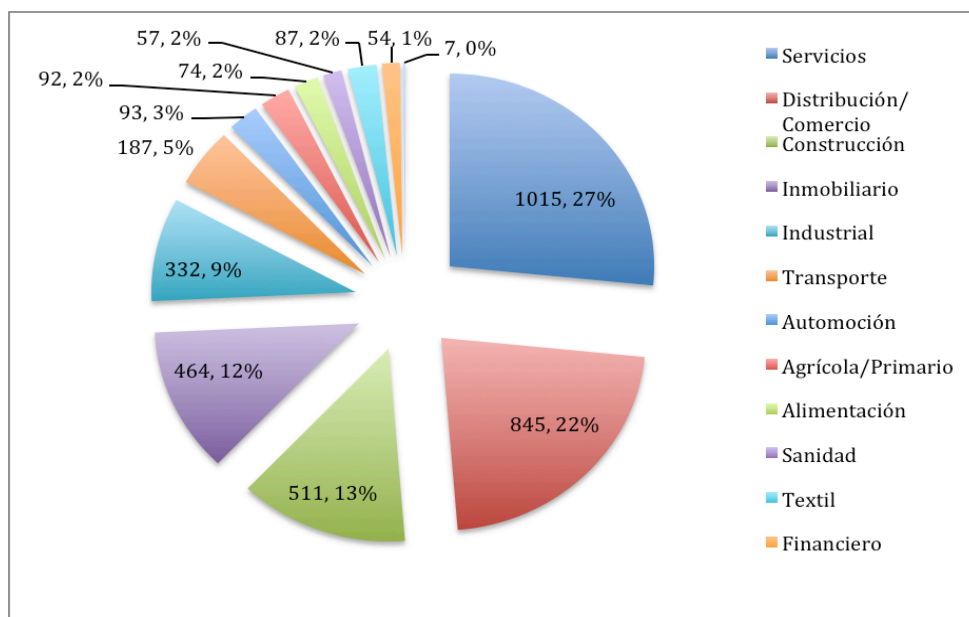


Ilustración 5. Distribución de concursos por sectores.

Fuente: Elaboración propia con datos tomados del BOE y de www.pwc.com/es

En cuanto al análisis sectorial de las empresas, en 2018 se puede ver que el sector servicios es el que tiene un mayor número de compañías concursadas, con un 27 % del total, manteniéndose dicho porcentaje (exactamente el mismo) respecto a los dos años anteriores.

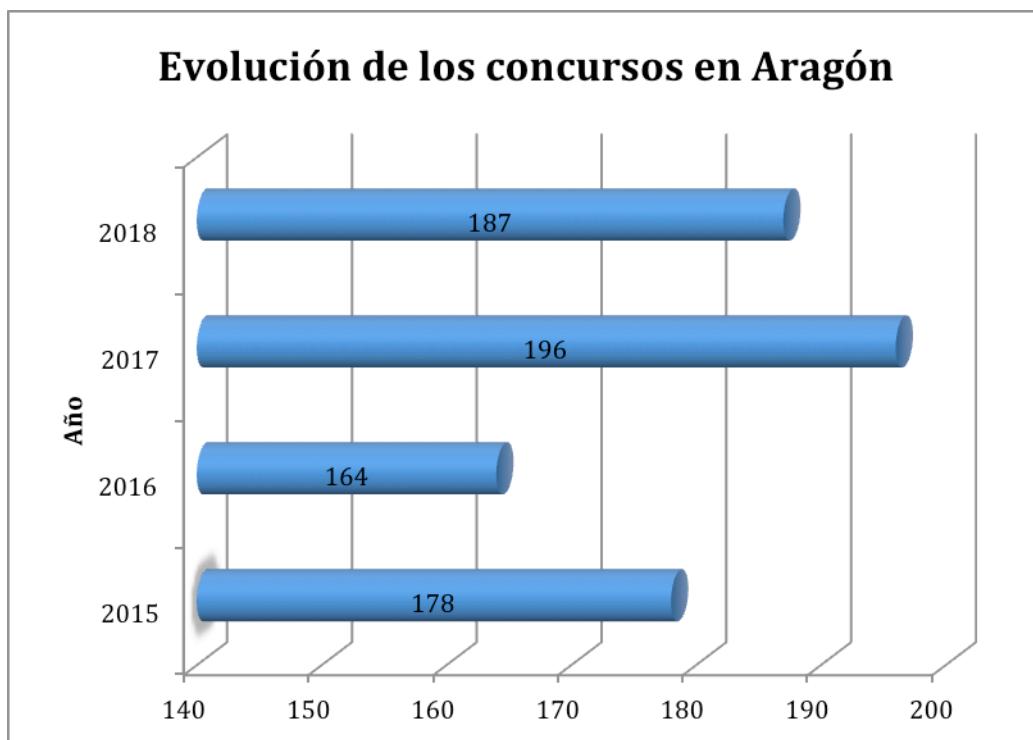


Ilustración 6. Evolución de los concursos en Aragón desde 2015.

Fuente: Elaboración propia con datos tomados de www.infoconcursal.es/estadisticas.

Por último, se adjunta aquí un gráfico sobre la evolución de los concursos totales, es decir, tanto de personas físicas como jurídicas, desde el año 2015 hasta 2018, en la Comunidad Autónoma de Aragón, pudiéndose ver que el descenso es acorde a los resultados a nivel nacional según hemos podido ver en la Ilustración 1.

6. CONCLUSIONES.

La recesión económica de los últimos años ha ido provocando que cada vez más empresas se vean abocadas a un estado de insolvencia. Este hecho permitiría poner en entredicho la eficacia de la LC y, sobre todo, los intentos de mejora de la misma a través de las reformas que se han venido sucediendo a lo largo del tiempo. El resultado se traduciría en que la mayoría de los concursos (más del 90 % del total) acabarían en liquidación, pese a los intentos de la LC por favorecer el convenio como solución, lo que a su vez implica una gran cantidad de costes temporales y económicos al prologarse tanto los concursos; costes que se reducirían de manera notable si se finalizasen más situaciones de insolvencia en la fase preconcursal sin dar lugar a la tramitación del procedimiento completo.

Otra consecuencia de lo que acabamos de decir, es que no se estaría satisfaciendo a los acreedores ordinarios, a pesar de ser uno de los objetivos prioritarios de la LC.

En los últimos años, se ha venido recurriendo a alternativas al convenio y a la liquidación que, al parecer, están teniendo influencia en el ligero descenso de los concursos de acreedores en España, y estos son los denominados institutos preconcursales, una novedad introducida hace relativamente poco tiempo.

El primero de los institutos preconcursales que nombraremos es el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, que ya fue introducido en una de las últimas reformas de la LC, concretamente por la Ley 14/2013, y que supone una reestructuración de la deuda. En el acuerdo, se cuenta con un mediador concursal, figura importada de la legislación de otros países, y está más destinado para insolvencias no demasiado grandes, para personas naturales o PYMES. Es excluyente con otro instituto preconcursal, el acuerdo de refinanciación, puesto que la LC no permite acceder a al acuerdo extrajudicial al deudor que esté negociando dicho acuerdo, y una de las ventajas que presenta es que permite al deudor continuar con su actividad y por ende, facilitar la viabilidad de la empresa.

Por otra parte, los acuerdos de refinanciación resultan útiles en orden a liberar al deudor de los efectos que suponen el concurso culpable. Estos acuerdos, que necesitarán del acuerdo de la mayoría de los acreedores, permitirán asimismo que estos tengan mayor liquidez, por lo que será beneficioso para todos los implicados.

Por último, y continuando la línea de lo suscrito, el legislador debería seguir introduciendo nuevas reformas que profundizasen en soluciones alternativas como las que acabamos de comentar, previas o paralelas al procedimiento concursal, a fin de acentuar más la dinámica descendente de los últimos años.

7. BIBLIOGRAFIA.

- BELTRÁN, E; GARCÍA-CRUCES, J.A. (2012). *Enciclopedia de Derecho Concursal*. Aranzadi, Pamplona.
- GARCÍA-CRUCES, J.A. (2004). *La calificación del concurso*. Aranzadi, Pamplona.
- SANCHEZ CALERO, F. (2018). *Principios de Derecho Mercantil*. Aranzadi, Pamplona.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2012). *Manual práctico de Derecho Concursal: La Ley Concursal tras la reforma de la Ley 38/2011*. Experiencia, Barcelona.

LEGISLACIÓN:

- Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal. Y sus posteriores reformas.
- L.O. 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 1/2000 de 7 de julio de Enjuiciamiento Civil.
- Código Civil, aprobado por RD de 24 de julio de 1889.
- Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre.
- Constitución Española de 1978.

WEBGRAFÍA:

- www.poderjudicial.es
- www.infoconcursal.es/estadisticas
- www.ine.es

